



SÖKANDE

John Törnqvist Måleri AB, 559006-3037

Ombud: Advokater Anders Boquist och Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB

MOTPARTER

1. Ljungby kommun
2. Ljungbybostäder AB

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2019-03-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår begäran om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Ljungby kommun och Ljungbybostäder AB (kommunen) har genomfört en upphandling av måleriprodukter. Samtliga inkomna anbud bedömdes kvalificerade och gick vidare till utvärdering. Genom tilldelningsbeslut den 29 maj 2018 tilldelades kontraktet Måleribolaget i Ljungby AB.

John Törnqvist Måleri AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kommunen har gjort ett "blindtest" mellan de utvalda färgtyperna. Testet syftade till att "känna av hanterbarhet". Varje anbudsgivare tilldelades en siffra. Bolaget fick siffran 2. Slutsatsen av testet var följande

"Två av färgerna nr 3-4 upplevs som bäst att hantera därefter kommer färg nr 1, färg nr 2 upplevs inte hålla samma kvalité som de övriga".

De anbudsgivare som fått siffran 1 och 4 har offererat samma färg som bolaget. "Blindtestet" föregicks av ett test där enbart bolagets färger testades. Båda testerna gjordes av samma personer. Kommunen har utifrån testet dragit slutsatsen att bolagets färger inte uppfyller de krav som "beställarna" ställt på produkternas egenskaper. Bolaget har offererat produkter som uppfyller de tekniska specifikationerna och ställda krav i övrigt samt har lämnat anbudet med lägst pris. Anbudet har förkastats med hänvisning till att krav som inte anges i förfrågningsunderlaget inte uppfylls. Kommunens handläggning utgör ett brott mot LOU, vilket medför skada för bolaget som rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet.

Bolaget har med anbudet gett in produktblad av vilka framgår att produkterna har de i kravspecifikationen och prisbilagan listade egenskaperna. Detta ska godtas som tillräcklig utredning för överensstämmelse. Av förfrågningsunderlaget framgår att test först ska genomföras om överensstämmelse inte kan konstateras utifrån produktbladen. Då bolagets produkter uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna saknas skäl att förkasta anbudet.

Testet har inte stöd i 9 kap. LOU, då sådana tester ska utföras av ackrediterade organ. En kommunal gymnasieskola kan inte jämföras med ett sådant. En av de som utfört testet är styrelseledamot i ett konkurrerande bolag och

har därför ett intresse i saken som inte är förenligt med LOU och som har medfört att upphandlingen styrts av ovidkommande hänsyn. Av förfrågningsunderlaget framgår inte hur testet ska genomföras eller vilka egenskaper som ska bedömas. Det finns således brister i öppenheten. Då testet utförts av samma personer som inledningsvis testat bolagets färger och därmed kan identifiera dem i "blindtestet" har testet inte utförts på objektiva grunder. Testresultatet redovisar subjektiva upplevelser utan att redovisa ett testprotokoll eller någon närmare precisering om eventuella brister och kan inte ligga till grund för ett beslut att förkasta ett anbud.

Om kraven på produkterna hade angett på ett tydligt sätt hade bolaget kunnat offerera andra produkter som uppfyller kraven. Det framgår t.ex. inte hur produkterna ska värderas utifrån kraven, vilken under gräns som motsvarar ställda krav eller vad en produkt ska uppfylla för att anses vara motsvarande. Genom att hänvisa till varumärke har kommunen brutit mot de grundläggande principerna i LOU. Hänvisningen har i praktiken missgynnat bolaget eftersom de inte kan känna till angivna produkters egenskaper och då bolagets färg underkänts då de inte upplevts vara exakt likadana som de som anges i kravspecifikationen. Att en produkt ska vara likvärdig innebär att man måste acceptera vissa avvikelser från den produkt man hänvisat till. Kommunen hade kunnat specificera de tekniska egenskaper som behövs och det har inte varit nödvändigt att hänvisa till något varumärke.

Bolagets produkter är Svanen-märkta från den 1 juli och således också under avtalstiden. Det framgår inget av kravspecifikationen eller prisbilagan om miljömärkningar eller rekommendationer i databaser, varför några sådana uppgifter inte heller behöver framgå av produktbladen.

Kommunen

Det bör anses stå klart för bolaget, liksom för resterande anbudsgivare, vilka krav som ställs på efterfrågade produkter varför förfrågningsunderlaget inte kan anses vara otydligt.

Bolaget har inte uppfyllt kommunens miljökrav. Det går inte att utläsa av deras produktblad att miljökravet är uppfyllt. Av de produkter som bolaget offererat är det bara en som är miljömärkt.

Kommunen har som en del i sin utredning av om inlämnat anbud överensstämmer med kraven i de tekniska specifikationerna krävt att anbudsgivarna ska bifoga produktblad för varje offererad produkt. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att vid eventuell hänvisning till speciellt märke gäller att offererat märke ska vara likvärdigt det efterfrågade. Upphandlingens referensgrupp avgör om offererad vara kan anses vara likvärdig den efterfrågade eller inte. Avgörandet görs i första hand genom en jämförelse av produktblad. Vid tveksamheter kan anbudsgivaren komma att få skicka in prover som referensgruppen kommer testa.

Hänvisningarna till visst varumärke i upphandlingen har varken gynnat eller missgynnat någon anbudsgivare, utan enbart förtydligat vilken kvalitetsnivå som krävs gällande efterfrågade produkter. Att så är fallet understryks bl.a. av att andra varumärken än de hänvisade har godtagits samt att det för en normalt aktsam anbudsgivare inom den aktuella branschen tydliggörs vilken kvalitetsnivå som efterfrågas då hänvisning sker till varumärken. Resterande anbudsgivare har uppgett att det inte råder några som helst tvivel om vilken kvalitetsnivå som efterfrågas. Det kan därtill knappas ha rört sig om ny och svårförstådd information för bolaget då bolaget vid kommunens senaste upphandling av måleriprodukter lämnat ett anbud. Vid det tillfället förstod bolaget vilken kvalitetsnivå som efterfrågats och offererade då andra

produkter än vid aktuellt tillfälle. Vid detta tillfälle offererade bolaget andra produkter än de kommunen då hänvisade till och kommunen bedömde att dessa produkter uppfyllde de ställda kraven.

Det är praktiskt omöjligt för kommunen och konkurrenshämmande för anbudsgivare som inte har möjlighet att offerera hänvisade produkter att närmare beskriva vad som menas med likvärdig kvalitet. Det har inte heller uppfattats som nödvändigt då en normalt aktsam anbudsgivare kan utläsa att en högre kvalitet efterfrågas. Kommunen vill inte tvingas köpa måleriprodukter med lägre kvalitet än efterfrågat enbart p.g.a. en anbudsgivare spekulerat i upphandlingen och offererat måleriprodukter med sämre kvalitet till lägre priser.

Hanterbarheten är av stor betydelse och det är den som har testats vid genomförda provmålningar. Provmålningarna genomfördes i en gymnasieskolas lokaler av tre erfarna målare, varav en arbetar som lärare på gymnasiets måleriprogram. Densamme är styrelseledamot i ett måleriföretag men kan knappast anses jävig och har på intet sätt styrt testets resultat. Det har varit tre målare som kommit fram till resultatet och företaget är en bisyssla med låg omsättning.

Bolaget har inte vid något tillfälle ifrågasatt kommunens intention att testa offererade produkter. Vid första testet konstaterades brister i kvaliteten på de färger bolaget offererat och dessa ansågs då inte likvärdiga. Bolaget krävde därefter att ett blindtest skulle genomföras, vilket kommunen gick med på. Bolaget godtog inte heller detta tests resultat utan började ifrågasätta tillvägagångssättet. Av dokumentationen från blindtestet framgår både förfaringssätt samt vad som testats och avgjort bedömningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer

på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat. (Jfr RÅ 2009 ref. 69.)

Förvaltningsrätten, som har gått igenom samtliga handlingar i målet och därvid bl.a. granskat hur kommunen har formulerat sig i förfrågningsunderlaget, finner inte att hänvisningarna till visst varumärke i upphandlingen har gynnat eller missgynnat någon anbudsgivare i detta fall. I fråga om bolagets övriga invändningar beträffande upphandlingen anser förvaltningsrätten att det som har anförts inte visar att kommunen har förfarit på ett sådant sätt att de principer som bär upp LOU har överträtts. Skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte. Begäran om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Malin Toivainen
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.